Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Neunzehnter Band. Erſtes Heft.

I.

Beiträge zur Lehre von der Appellation.

Von Linde.

Der Verfaſſer hat ſchon an andern Orten nachgewieſen, daß in den Quellen, aus welchen das Syſtem des deutſchen gemeinen Civilverfahrens geſchöpft werden muß, ſehr ſcharf unterſchieden wird die Appellation gegen Definitivurtheile und Beiurtheile mit gleicher Kraft, von der Appellation gegen Beiurtheile, die nicht gleiche Kraft wie Definitivurtheile haben, und von der außergerichtlichen Appellation [1]). Bei der Darſtellung der Grundſätze über das Appellationsverfahren iſt es nöthig, dieſe verſchiedenen Arten der Appellation immer getrennt zu halten; und bei der Benutzung der Quellen ſtets vorſichtig zu unterſuchen, ob ihre Beſtimmungen für alle Arten der Appellation, oder nur für die eine und andere gelten. Das gänzliche Ueberſehen, oder zu wenige Beachten dieſer Rückſichten hat manche Verirrungen in der Lehre von der Appellation veranlaßt. Der Verfaſſer beabſichtigt eine Reihe von

1) Linde Lehrb. Aufl. 4. §. 389—400.

Beiträgen zu dieſer Lehre mitzutheilen, und dabei die für nothwendig angedeutete Trennung der Appellationsarten genau zu beachten. In der hier zunächſt folgenden Darſtellung der Lehre von der Einwendung der Appellation wird die gegen Definitivurtheile und dieſen an Kraft gleichen Beiurtheile behandelt werden.

Die Einwendung der Appellation (interpositio appellationis) beſteht in der Erklärung einer Partei oder einer andern, geſetzlich zu ſolcher Erklärung berechtigten, Perſon, die nicht blos ein legitimirter Vertreter [2]), ſondern auch ein Dritter [3]) ſeyn kann, welche ſich durch das Urtheil für beſchwert hält: daß ſie eine nochmalige Prüfung und Entſcheidung eines höheren Richters anrufen, appelliren wolle. Die Einwendung kann rechtsgültig erſt dann erfolgen, wenn die Sentenz, von welcher appellirt werden ſoll, wirklich eröffnet iſt. Die ſog. blinde Einwendung eines Rechtsmittels (blinde Appellation), welche darin beſteht, daß ein Theil, ehe noch das Urtheil eröffnet iſt, gegen deſſen ihm etwa nachtheiligen Inhalt, vorläufig ein Rechtsmittel einwendet, (ubi a futuro gravamine appellatur) [4]), iſt zwar nach canoniſchem Rechte nicht für unzuläſſig erklärt, indem dieſes ſehr beſtimmt nur eine appellatio generalis [5]) verwirft: „Consult. vest. t. r. quod si generaliter quis interponeret ab omni gravamine, quod sibi

---

2) Fr. 1. §. 11—15. Fr. 2. quando appell. Fr. 1. pr. D. de appellat. recip. Const. 10. de appell.

3) Fr. 4. §. 2. 3. Fr. 5. pr. D. 49, 1. Fr. 29. D. 5, 2. Fr. 63. §. 1. 2. D. 21, 2. Fr. 50, §. 1. D. 30. Cap. 17. X. de sent. et re jud. 2, 27. Cap. 54. X. de appellat. 2, 28. Linde Zeitſchrift V. S. 417.

4) Clem. 3. de appellat. 2, 12.

5) Cap. 2. X. de appell. 2, 28. „Super eo, quod abbas .... a te appellationem interposuit generalem super *omni causa*, quae adversus eum *aliquo tempore* posset moveri, ipsum exinde redarguimus, nec huiusmodi appellationem duximus admittendum.“

posset contingere, huiusmodi appellatio tenere non debet“ [6]; dagegen zugleich ſagt: „Si vero ab aliquo iudice super *omni* gravamine, quod in *una* causa sibi *possit inferri*, *quanquam generalis appellatio* sit interposita, appellationi tamen eius est ab eodem iudice deferendum;“ allein dieſe Anſicht ſcheint in Deutſchland niemals in Uebung geſtanden zu haben; und die Proceſſualiſten, welche dieſen Punkt berühren, lehren, daß, wenn z. B. der Beklagte erkläre: „im Falle das eröffnet werden ſollende Erkenntniß ausſprechen wird, Kläger habe bewieſen, ſo will ich hiergegen zum Voraus die Appellation eingewendet haben;“ ein ſolches vermeintliches Rechtsmittel wirkungslos ſey; weil die ordentlichen Rechtsmittel nur für den Fall gegeben ſeyen, daß der Richter etwas Ungerechtes [7] bereits ausgeſprochen habe. [8]

Nach Eröffnung des Urtheils kann man ſogleich (stante pede, viva voce) mündlich erklären, daß man appellire [9]. Später kann die Einwendung nur ſchriftlich geſchehen, durch libelli oder literae appellatoriae — Einwendungsſchrift [10], und zwar mußte, nach älterem Rechte, wenn man in eigener Sache das Rechtsmittel interponirte, dieſes binnen einer zweitägigen, und wenn man als Procurator appellirte, binnen einer dreitägigen Friſt bei dem Richter geſchehen, der das Urtheil geſprochen hatte [11]. Die Zeit wurde utiliter berechnet, alſo von dem Zeitpunkte an, wo man zuerſt Gelegenheit hatte, den iudex a quo, oder im Nothfalle auch den iudex

---

6) Cap. 18. X. eod.

7) Beſſer: „Angeblich Beſchwerendes.“

8) Gensler zu Martin. Ausg. v. Morſtadt. II. S. 128. und Martin Civilproc. §. 277. (266.) Note g. Claproth ord. Proc. II. §. 352. S. 515 f.

9) Fr. 2. de appell. 49, 1. Sed si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat: Appello.“ Fr. 5. §. 4. eod.

10) Fr. 1. §. 4. D. 49, 1.

11) Fr. 5. §. 4. D. 49, 1. Fr. 1. §. 11. 12. quando appelland. 49, 4.

qui appellatur, anzugeben [12]). Durch ſpätere Conſtitutionen [13]) und das Novellenrecht wurde dieſe Zeitfriſt von dem Zeitpunkte der Urtheilsverkündigung oder der davon erlangten Wiſſenſchaft [14]) an gerechnet, auf zehn fortlaufende Tage erweitert [15]); wobei es gleich iſt, ob man in eigener Sache oder als Procurator in fremder appellirt. Dieſe Friſt iſt auch in das canoniſche Recht [16]), ſo wie in die Reichsgeſetze [17]) übergegangen. Dieſes decendium iſt abſolutes Fatale, wird von Moment zu Moment berechnet, und deſſen Verſäumniß hat, ohne vorhergegangene Ungehorſamsbeſchuldigung, den Verluſt der Appellation zur Folge [18]). Das Decendium fängt hiernach mit der Stunde der Publication der Sentenz zu laufen an [19]), wenn die Partheien ordnungsmäßig dazu vorgeladen worden ſind. Deshalb iſt ſowohl dieſes, als die Stunde der Eröffnung im Protocoll zu wahren. Iſt die Stunde der Eröffnung aus der aufgenommenen Regiſtratur nicht zu erſehen, ſo bleibt dem Appellanten der zehnte Tag ganz [20]). Sind die Partheien zu verſchiedenen Stunden erſchienen, und wäre jeder das Urtheil beſonders publizirt, ſo wurde auch für jede mit der Publicationsſtunde ein verſchiedener Anfang des De-

---

12) Fr. 1. §. 7—10. Fr. 2. pr. §. 1. D. 49. 4 Const. 6. §. 5. de appellat. 7, 62.

13) Const. 5. §. 1. in f. de appellat. 7, 62.

14) Const. 3. de re iud. 7, 52.

15) Nov. 23. Cap. 1.

16) Cap. 15. X. de sent. et re iud. 2, 27.

17) C. G. O. v. 1555. II. 29 §. 2.

18) Cap. 15. X. cit. . . . „Taliter duximus respondendum: quod cum post decem dierum spatium sententia in auctoritatem rei transeat iudicatae; qui ad provocationis subsidium intra id temporis non recurrit, appellandi sibi aditum denegavit, etc.“

19) Auth. Hodie Cod. de appellat. 7, 62. „Hodie autem cuilibet tribuitur spacium decem dierum a sententiae revocatione numerandum.“

20) Berger Oeconomia iuris IV. 28. th. 5. n. 1.

cendii ſtatt finden [21]). Einem Dritten, den der Proceß nicht zunächſt und hauptſächlich angeht [22]), der aber doch zu appelliren befugt iſt [23]), fängt das Decendium erſt von der Zeit der erlangten Wiſſenſchaft des Urtheils zu laufen an [24]). Daſſelbe gilt von den Erben eines zur Appellation berechtigten Theils [25]), ſo wie von Abweſenden [26]), wofern dieſe nicht Bevollmächtigte für dieſe Sachen aufgeſtellt hatten [27]), in welcher Beziehung h. g. T. der Inhalt der Vollmachten wichtig wird [28]). Wenn über das Nichtwiſſen Zweifel entſtehen, dann kann unter Umſtänden die Ableiſtung eines Eides nothwendig werden [29]).

Auch verordnet die C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 2. ausdrücklich: „daß der Termin der 10 Tage, in welchen dem verlierenden Theil zu appelliren gebührt, keineswegs überſchritten, gelängert oder gekürzt werde, und derhalben kein Richter auf der Partheien Anſuchen und Begehren, längern Termin, dann zehn Tage, Bedacht zu appelliren geben ſoll“ [30]), und der J. R. A. befiehlt im §. 121. ſehr nachdrück-

---

21) Iſt eine Partei auf erfolgte Ladung nicht erſchienen, ſo kann ihr nicht, (wie Ulich a. a. O. §. 67. will,) ſtets das Decendium erſt nach Ablauf des Publikationstages zu laufen anfangen, ſondern mit der Publikationsſtunde (Stryk U. M, XLIX. IV. §. 1. «Ignoranti fatale non currit, nisi ipse in culpa sit, v. g. si ad publicationem sententiae citatus, non comparuit.), weil die Unwiſſenheit nicht ſchuldhaft ſeyn darf.

22) Ulich v. Appellat. §. 65.

23) Bayer Vertr. S. 475.

24) Das folgt aus dem allgemeinen Grundſatze, Const. 3. de re iud. 7, 52: «comperto praecepto», und zufolge nutzweiſer Anwendung von Cap. 8. de appell. in VI. 2, 15.

25) Fr. 29. de re iud. 42, 1. arg. Const. 7. si pendente appellatione mors intervenerit. 7, 66. S. überhaupt auch Fr. un. eod. 49, 13.

26) Fr. 1. §. 15. quando appell. 49, 4.

27) Ulich a. a. O. §. 65.

28) Claproth ord. Proc. §. 352. a. E.

29) Stryk l. c. Fr. 1. §. 7—11. D. 49, 4.

30) Vergl. auch ſchon Fr. 20. §. 2. de appellat. 49, 1. Const. 2. §. 2. de temp. et reparat. 7, 63.

lich, daß darauf ſtets und feſt gehalten werden ſoll [31]). Hierbei entſteht die ſehr beſtrittene, und in der That ſchwierig zu entſcheidende Frage: inwiefern dieſes Fatale auf den Grund einer Uebereinkunft der Partheien verändert werden kann?

Um hierbei den eigentlich ſchwierigen Punkt beſtimmter aufzufaſſen, ſind diejenigen Fälle und Beſtimmungen hervorzuheben, welche entweder gar nicht, oder weniger zweifelhaft ſind. Hierher gehört zunächſt: daß der Richter auf einſeitiges Anrufen durchaus keine Veränderung vornehmen darf; ferner: daß wenn die Partheien ſchriftlich übereingekommen ſind: daß das Appellationsfatale für den concreten Fall gänzlich als aufgehoben betrachtet werden ſoll, eine ſolche Uebereinkunft gültig iſt, denn dieſe muß dann als ein Verzicht auf die Appellation betrachtet werden [32]). Es handelt ſich alſo eigentlich um die Frage: inwiefern eine Verlängerung des Interpoſitionsfatale rechtlich möglich iſt?

Deren Löſung hängt 1) von der Feſtſtellung des Inhalts der Const. 5. §. 6. de tempor. et reparat. 7, 63. und 2) davon ab, inwiefern der Inhalt jener Juſtinian. Conſtitution durch die Reichsgeſetzgebung als aufgehoben zu betrachten iſt.

Die Conſtitution verfügt nämlich: „Sin autem partes inter se scriptura interveniente paciscendum esse crediderint, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire, vel ullum fatale observare, eorum pactionem firmam esse censemus. Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus pactis litigantium mitigari.“

Da es nicht zweifelhaft ſeyn kann, daß, wenn die ſtreitenden Theile, bevor Appellation interponirt iſt, auf das Rechtsmittel rechtsgültig verzichten konnten, und ein ſolcher Verzicht ſelbſt nach interponirter Appellation, mit Uebereins-

31) Auch die Vorſchrift, daß die Formalien der Appellation vor allen Dingeu gerechtfertiget werden ſollen, fließt aus gleichem Grundſatze. C. G. D. v. 1500. Tit. 19. u. v. 1555. III. 31. 4.

32) Const. 5. §. 6. de temp. et reparat. 7, 63. Linde Handb. des Proc. IV. §. 119.

kunft beider Theile zuläſſig war [33]); ſo bleibt für unſere Frage eigentlich nur der Sinn der Worte: „vel ullum fatale observare“ von Bedeutung. Dieſer Satz iſt ſeither immer in dem Sinne verſtanden worden, daß damit geſagt würde: „wenn die Partheien ein ſchriftliches Uebereinkommen zu treffen für gut befunden, daß keine Parthei gehalten ſeyn ſolle, irgend ein Fatale beobachten zu müſſen, ſo ſolle ein ſolches Uebereinkommen Beſtand haben.“

Von dieſer Erklärung ausgehend, und ſonach vorausſetzend, es ſey durch dieſe Conſtitution geſtattet worden, daß die Partheien das Interpoſitionsfatale verlängern können, behaupteten nun Einige, daß dieſe Beſtimmung durch die Reichsgeſetze aufgehoben worden ſey [34]); während Andere davon ausgehend, daß die C. G. O. v. 1555 nur einſeitiges Anrufen vorausſetze, daß deshalb immer noch durch Compromiß der Partheien, das Appellationsfatale verkürzt oder verlängert werden könne, jedoch dürfe der Richter im letzteren Falle Schranken ſetzen [35]). Dabei wird aber im-

---

33) Linde a. a. O.

34) Gail Obs. I. 139. n. 6. J. Mynsinger Cent. 2. Obs. 68. Cent. 3. Obs. 11. B. Carpzov proc. iur. XVIII. art. 3. n. 36. M. Berlich P. I. concl. 50. n. 105. Lauterbach Coll. th. pract. L. 49. T. 4. §. 9. Ludovici L. 23. §. 2. Reinharth in Obs. ad Christianaei decis. Vol. I. Obs. 2. Gönner Handb. d. Proc. III. 59. S. 233—240. Klüber kl. juriſt. Bibl. V. 20. S. 476. Bayer Vorträge S. 478. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. IV. 30. S. 182. Mehlen über die Appellation. §. 75. Hofmann de decend. appellat. §. 27. Stryk U. M. 49. 4. §. 1.

35) Reinh. Baehov in notis et animadv. ad disputat. Treutleri V. 2. Disp. 33. th. 8. Mevius III. 410. IV. 330. n. 6. Suendendoerfer in notis ad Ecoldi D. lib. 49. tit. 4. Beck Diss. de fatali interpon. appellat. Altorf. 1710. §. 12. Claproth ord. Proc. §. 352. v. Almendingen Metaphyſik. S. 165. Ziff. 2. J. Chr. C. Jahn de prorogat. et coarctat. conventionali fatalis interp. appellat. Giess. 1787. Genßler im Archiv f. civiliſt. Prax. IV. S. 195. Ulich v. Appellat. §. 108.

mer vorausgeſetzt, daß die Uebereinkunft unter den Partheien vor Ablauf des Fatale zu Stande gekommen iſt [36]), widrigenfalls würde ſie ſchon aus dem Grunde keinen Beſtand haben, weil ein Vergleich über res iudicata nichtig iſt [37]).

Es ſcheint aber, daß die Const. 5. §. 6. Cod. 7, 63. das gar nicht beſtimme, was ſeither darin gefunden iſt. Denn wenn man die Stelle ſo verſteht, wie ſie jetzt auch in der Ueberſetzung des Corpus iuris ins Deutſche übertragen iſt:

„Wenn aber die Partheien ein ſchriftliches Uebereinkommen „zu treffen für gut befunden haben, daß keiner Par„thei freiſtehen ſolle, zur Hülfe der Appellation zu „greifen, oder ein Fatale beachten zu müſſen, „ſo vermeinen Wir, ſoll ein ſolches Uebereinkommen Be„ſtand haben."

wo alſo die Worte „nemini parti licere" auch auf den Satz „ullum fatale observare" bezogen ſind; ſo kann man in dieſer Verbindung die Dispoſition unmöglich dahin verſtehen, „daß keine Parthei an ein Fatale gebunden ſeyn ſollte"; im Gegentheil ſagt ſowohl die lateiniſche Faſſung: „nemini parti licere, ullum fatale observare" als die wörtliche deutſche Ueberſetzung: „daß keiner Parthei freiſtehen ſolle, ein Fatale zu beachten", dem Inhalte nach: „keine Parthei darf von einem Fatale Gebrauch machen"; dieſes kann aber nur ſo viel ſagen wollen, als: den Partheien iſt nicht geſtattet, diejenigen Angriffe gegen ein Urtheil zu unternehmen, die durch Beachtung eines Fatale bedingt ſind. Schwerlich darf jene Faſſung ſo verſtanden werden, „daß keine Parthei an ein Fatale gebunden ſeyn ſolle"; denn es iſt ſelbſtredend etwas ganz anderes: „an ein Fatale nicht gebunden ſeyn" und „ein Fatale nicht beachten zu dürfen" oder, was gleichviel

36) Heffter Inſtitut. des Civilproc. S. 463. Auch der Verfaſſer dieſes Aufſatzes war ſeither unter dieſer Vorausſetzung derſelben Anſicht. Linde Lehrbuch des Civilproc. Aufl. 4. §. 173.

37) Fr. 7. pr. de transact. 2, 15. Linde Lehrb. §. 171. Note 13.

iſt, „die Erlaubniß nicht haben, ein Fatale zu benutzen.“ Im Geiſte der jenſeitigen Erklärung würde man behaupten müſſen, daß der Inhalt einer ſolchen Uebereinkunft geradezu darin beſtehe, daß keine Parthei das Fatale einhalten dürfe, ſondern erſt nach deſſen Ablauf von den Rechtsmitteln Gebrauch zu machen befugt ſey; eine Uebereinkunft, die ſo abſurd wäre, und ſo der nothwendig der Einführung von Nothfriſten zu Grunde liegenden Abſicht widerſprechen würde, daß man nicht annehmen darf, der Geſetzgeber habe ſo etwas ſanctioniren wollen.

Gegen die hier verſuchte Erklärung läßt ſich nun zweierlei einwenden, nämlich

1) daß die Verabredung, man wolle zu keiner Appellation greifen, die weitere Verabredung, man wolle auf die Befugniß, von den Fatalien Gebrauch machen, verzichten, in ſich enthalte; aber nun eben darum, weil nicht angenommen werden dürfe, daß man das Nämliche zweimal geſagt habe, die beiden Sätze richtiger in einem ſolchen Sinne aufgefaßt werden müßten, worin jeder eine ſelbſtſtändige, nicht überflüſſige Bedeutung habe; und

2) daß nicht einzuſehen ſey, worin die Milderung der Strenge der Geſetze denn liege, welche im Falle einer ſolchen Uebereinkunft Juſtinian habe wollen eintreten laſſen; denn es heißt am Ende der Const. 5. §. 6.

„Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus pactis litigantium mitigari.“

Allein dieſe Entgegnung läßt ſich leicht beſeitigen.

Von der Const. 5. §. 6. Cod. 7, 63. war es geſetzlich geſtattet ſowohl bevor ein Urtheil erlaſſen [38]), als auch nach erfolgter Sentenz, bevor man Appellation eingelegt hatte [39]), auf die Appellation zu verzichten. Dagegen war es nach dem ältern Rechte nicht erlaubt, eine einmal eingelegte Appel-

38) Fr. 1. §. 3. quibus appellare non licet 49, 2.

39) Const. 5. de re iud. [illegible], 52.

lation zurückzunehmen [40]), und erſt Arcadius und Honorius geſtatteten dieſes beſchränkt, im J. 396.

„Repugnantes priscorum sententias Nostra Serenitas temperavit. Si quis itaque libellos appellatorios ingesserit, sciat intra triduum, post oblationem legitimam, non ex quo est sententia deprompta, appellatorem habere licentiam arbitrium commutandi, ne iustae poenitudinis humanitas amputetur“ [41]). Dieſe Conſtitution nahm Juſtinian interpolirt in den Codex auf, wo ſie als Const. 28. de appellat. 7, 62. ſo lautet:

„Si quis libellos appellatorios ingesserit, sciat, se habere licentiam arbitrium commutandi, et suos libellos recuperandi, ne iustae poenitudinis humanitas amputetur.“

Weil hiermit immer noch eine ſehr beſchränkte Renunciationsbefugniß in Bezug auf ſchon ergriffene Appellation gegeben war, ſo half Juſtinian durch die Const. 5. §. cit. noch weiter nach, und erlaubte wenigſtens ein ſchriftliches Uebereinkommen der Partheien, die Appellation aufzugeben; und dadurch, daß ſie einig wurden, daß keiner irgend ein Fatale mehr beobachten ſolle, ſtanden ſie ja von der Verfolgung einer eingelegten Appellation ſowohl beim Unterrichter, als bei den höhern Inſtanzen ab. Nur unter Annahme dieſes Inhalts der Conſtitution milderte ſie, was der Kaiſer ja ſo beſtimmt bemerkt, die Strenge beſtehender Geſetze.

Man erwäge doch auch, welch exorbitante Beſtimmung es wäre, den Partheien zu geſtatten, durch Uebereinkunft alle Fatalien gänzlich aufzuheben, und ſo den Zweck der Geſetze, durch Einführung der Fatalien eine Staatsabſicht, das mögliche Ende der Proceſſe zu vermitteln, gänzlich zu vereiteln. Es läßt ſich in der That nicht abſehen, was aus einem Proceſſe werden ſollte, in welchem der möglichen Chikane ein ſol-

40) Const. 48. Cod. Theod. de appellat. 11, 30. (Valentinian J. 387.)

41) Const. 56. Cod. Theod. 11, 30.

cher Spielraum geöffnet würde; und es ist nicht einmal wahrscheinlich, daß sich Partheien zu solcher Uebereinkunft je verstanden haben, oder verstehen würden. Im römischen Rechte scheint die Unzulässigkeit einer solchen Maxime so feste Wurzel gehabt zu haben, daß es Niemanden einfiel, das Fatale durch Uebereinkunft der Partheien aufheben zu dürfen, so daß wir, meines Erinnerns, nirgends eine ausdrückliche Bestimmung, die das für unthunlich erklärt, vorfinden; gewiß, weil sich kein Bedürfniß zeigte, einem solchen mißbräuchlichen Beginnen entgegenzuwirken. Wie strenge man aber auf die ungeschwächte Wirksamkeit einmal angeordneter Fatalien hielt, beweist daß selbst Nachlässigkeit des Richters diesen schwerer Verantwortlichkeit aussetzte, aber unter Umständen die Partheien rettungslos um ihr Recht brachte [42]). Und hätte Justinian im Codex so laxe Bestimmungen gegeben, dann würde er in Nov. 23. Cap. 1. und Nov. 82. Cap. 6. schwerlich ohne Hinweisung auf die Modificationen sich geäußert haben.

Wäre im römischen Rechte wirklich der in Frage stehende Grundsatz aufgestellt, dann dürfte freilich dessen fortwährende Gültigkeit in unserem heutigen Proceßrechte sich wohl vertheidigen lassen. Denn so energisch auch die Kammergerichtsordnung sich gegen Verlängerung des Interpositionsfatale ausspricht, so würde aus der Fassung des Gesetzes doch nicht zu folgern seyn, daß durch die allgemeine Bestimmung die specielle Anordnung des römischen Rechts aufgehoben sey. Denn wenn Klüber [43]) und nach ihm Gönner [44]) sich darauf berufen, daß wenn die Reichsgesetzgebung das Appellationsfatale durch Partheienwillkühr habe zu verlängern gestatten wollen, so habe es in der betreffenden Stelle heißen müssen: „der Parthei" in der einfachen Zahl, nicht aber „Partheien"; und ferner: daß aus der Entstehungsge-

42) Const. 6. §. 6. Const, 24. 31. de appellat. 7, 62. Const. 61. 67. Cod. Theod. eod. Nov. 126. Cap. 3.

43) Klüber kl. juriſt. Bibl. Bd. V. N. 20. S. 480.

44) Gönner Handb. III. S. 238.

ſchichte der C. G. O. ihr Sinn in der von ihnen behaupteten Weiſe hervorgehe; ſo iſt darauf zu erwidern, daß die C. G. O. um ſo gewiſſer nur an ein einſeitiges Anrufen der einen oder andern Parthei gedacht hat, als ja theils gerade aus der Geſchichte der Entſtehung der fraglichen Beſtimmung hervorgeht: daß unverſtändige Richter willkührlich das Fatale verlängert hatten, und verhindert werden ſollte, daß die armen Partheien damit hinfürter nicht beſchwert werden. Wie hätte man aber, wenn die Bitte der Partheien auf einer förmlichen Uebereinkunft beruhte, ſagen können, daß durch die Erfullung des darauf begründeten Antrags, der Richter die armen Partheien beſchwert habe? — theils aber der Ausdruck „Anſuchen“ und „Begehren“ nicht ſehr paſſend geweſen wäre, für den Fall, wo die Partheien dem Gerichte Nachricht von einem Compromiß geben, welches ja ohnehin, wenn das römiſche Recht die Anordnung, die man darin gefunden hat, wirklich enthielte, gar nicht von einer richterlichen Zuſtimmung abhing, da in dieſer Unterſtellung das Geſetz ſchon ausdrücklich den Beſtand der Uebereinkunft anerkannt hatte; und wenn die C. G. O. alſo eine aufhebende Verfügung erlaſſen wollte, hätte ſie ausdrücklich und beſtimmt das Recht der Partheien, ein ſolches Compromiß mit Beſtand zu ſchließen, aufheben, nicht aber von unverſtändigen Richtern, die arme Partheien beſchwerten, ſprechen können. Denn worin hätte, wenn die Const. 5. §. 6. Cod. 7, 62. das angebliche Princip enthielt, bis zur C. G. O. v. 1555 der Unverſtand der Richter gelegen? Kann man aber nicht annehmen, daß der Geſetzgeber Richter, die geſetzliche Anordnungen beobachteten, unverſtändig geſcholten habe, ſo muß man auch zugeſtehen, daß er, bei Erlaſſung der fraglichen Beſtimmung nicht an den Fall einer Uebereinkunft der Partheien — wenn dieſe damals geſetzlich anerkannt wurden — ſondern an ſolche Veränderungen der Fatalien gedacht habe, die geſetzlich bis dahin unzuläſſig geweſen waren; und dahin gehörten ohne

Zweifel Veränderungen des Interpoſitionsfatale auf einſeitiges Anrufen und Begehren einer Parthei.

Noch iſt des Verſuchs zu erwähnen, durch Clem. 4. de appellat. 2, 12. die jenſeitige Anſicht zu begründen. Clemens ſagt hier: „Quamdiu appellationis prosecutio per compromissum, vel alias de partium expresso consensu differtur: tempus ad prosequendum eandem ab homine vel a iure praefixo, currere nolumus appellanti: nisi forte iudex videns, ex dilatione periculum imminere, praeciperet in illa procedi.“

Dieſe Stelle ſpricht aber nicht von dem fatale interponendae, ſondern von dem f. prosequendae; und es gilt durchaus kein Schluß von dieſem auf jenes. Wenn Jahn dagegen bemerkt: „sed cum introducti a legibus fatalis prosequendae appellationis, eadem sit ratio ac fatalis interponendae appellationis nimirum ne lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant, sane secundum regulas artis hermeneuticae, verba Clementinae de solo fatali prosequendae appellationis accipere non possum [45]); ſo ſcheint ihm die Lehre von den Zeitbeſtimmungen, welche in der Inſtanz der Rechtsmittel außer dem Interpoſitionsfatale vorkommen, und alſo auch ihre große Verſchiedenheit nicht deutlich vorgeſchwebt zu haben. Denn man braucht wahrlich nur hieran zu erinnern, um das Gehaltloſe jener Darſtellung, ohne weitere Ausführung, erkennbar zu machen.

In Bezug auf die Befugniß zur Einwendung der Appellation, iſt zu bemerken, daß ſie ſowohl von dem beſchwerenden Theile ſelbſt, als auch von einem Bevollmächtigten deſſelben, ſelbſt von einem nicht bevollmächtigten Dritten im Intereſſe einer Parthei, als auch von einem Dritten in eigenem Intereſſe geſchehen kann.

Wer aus freiem Willen für einen andern die Führung eines Proceſſes nicht als Bevollmächtigter übernommen hat, iſt dadurch unter Umſtänden ſogar dafür verantwortlich, daß er appellirt.

45) Jahn l. c. §. 3. pag. 11.

„Litem in iudicium deductam, et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae eius allegans iudici; culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta, ipse non provocavit. Ulpianus notat: Hoc verum est, quia frustrator condemnatus est; ceterum si amicus, quum absentem defenderet, condemnatus negotiorum gestorum aget, poterit ei imputari, si, cum posset, non appellarit“ [46]).

Rückſichtlich der Handlungen der Bevollmächtigten gelten in dieſer Lehre durchaus die allgemeinen Grundſätze [47]); und iſt nur noch beſonders zu bemerken, daß die Reſtitution gegen Verſäumniſſe, ſelbſt der Nothfriſten, leichter gegeben wird [48]).

Die Einwendung der Appellation geſchah ſchon nach röm. Rechte bei dem beſchwerenden Richter (iudex a quo). Wenn man ſich aber nicht in der Lage befand, dieſen anzugeben, wohl aber Gelegenheit hatte, ſich an den Oberrichter zu wenden, dann durfte auch dieſer angerufen werden [49]). Auch konnte, wenn der Appellant durch Gewalt verhindert wurde, die Interpoſition an den Richter zu bringen, durch eine öffentliche Vorlage die Interpoſition beim Richter vertreten werden [50]). Das canoniſche Recht bildete dieſe Einrichtung wei-

---

46) Fr. 31. §. 2. de negotiis gest, 3, 6.

47) Linde Lehrb. des Civilproc. §. 129 f.

48) Linde a. a. O. §. 138. Ulich a. a. O. §. 73.

49) Fr. 1. §. 10. quando appell. 49, 4. „Si quis ipsius quidem, a quo appellavit, adeundi facultatem non habuerit, eius autem quem appellavit, habeat copiam, videndum est, an ei praescribi possit, quod eum non adierit? Et hoc iure utimur, ut, si alteruterius adeundi fuerit copia, praescriptio locum habeat.“

50) Fr. 7. D. 49, 1. „Quum quidam propter violentiam iudicis non ipsi, a quo appellavit, dedisset libellos, sed publice propossuisset, divus Severus veniam ei dedit, et permisit ei causam appellationis agere.“ Const. 2. de his, qui per metum iudicis non appellaverunt. 7, 67. „... Qui vero vim sustinuerunt, contestatione publice proposita, intra dies videlicet legitimos, quibus appellare licet, causas appella-

ter dahin aus: daß ſowohl wegen iustus metus, als wegen mangelnder facultas adeundi iudicem geſtattet wurde, auch auſſergerichtlich, in Gegenwart rechtlicher Männer, die Abſicht, appelliren zu wollen, kund zu thun [51]). Die Reichsgeſetze endlich haben in allen Fällen dem Appellanten freigeſtellt, entweder vor dem Unterrichter oder vor einem öffentlichen Notar und zwei Zeugen, das Rechtsmittel zu interponiren. Das beſtimmt ſchon die Notariatsordnung [52]) und die C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 5.

„Item, ſo ſol einem jeden, der ſich mit vrtheil beſchwerdt befindt, nit allein vor dem Vnderrichter, vnd in ſeiner gegenwertigkeit, ſonder auch in abweſen, vor einem glaubwirdigen vnd approbirten Notario vnd Zeugen, zu appelliren zugelaſſen; vnd der Vnderrichter, ſo jhme ſollich Appellation, wie ſich gebürt, inſinuirt, ſich mit gebung der Apoſtel, anſetzung der zeit, vnd ſunſt allermaßen, als ob vor jene ſelbſt wäre appellirt worden, zu halten ſchuldig ſein. So aber ſollich Appellation dem Vnderrichter nit inſinuirt, ſoll dieſelbig nichts deſto weniger an dem Cammergericht angenommen; Doch ſo der Vnderrichter in dieſem Fall, auf anruffen der Parthey, mit der Execution, oder ſonſt im Rechten fürfahren würde, ſoll daſſelbig, das alſo durch jne, ehe vnd zuvor jme durch das Keyſ. Cammergericht inhibirt, gehandelt, nit für attentata geachtet, auch der Appellant derhalben ſuper attentatis

---

tionis evidente affirmatione distinguant, ut hoc facto, tanquam interposita appellatione, iisdem aequitatis adminicula tribuantur."

51) Cap. 72. X. de appell. 2, 28. „Si iustus metus, quo minus appellaveris, te excusat, ad appellat. reputaris beneficium convolasse: dummodo intra tempus, quo licite provocatur, coram iudice a quo appellasse volueras; vel si habere ipsius copiam nequivisti, in praesentia honorum virorum protestatione super hoc proposita, causas appellationis duxeris exprimendas."

52) Not. Ordn. v. 1512. IV. 1.

nit gehört, ſonder in puncto appellationis, wie ſich gebürt, zu procediren vnd zu handeln angehalten werden."

Durch dieſe Anordnungen können jedoch die Beſtimmungen des römiſchen und canoniſchen Rechts, welche unter Umſtänden eine freiere Form der Interpoſition der Appellation geſtatten, nicht als aufgehoben betrachtet werden, inſofern in vorkommenden Fällen der Appellant keine Gelegenheit hat, weder vor dem beſchwerenden Richter, noch vor Notar und Zeugen die Appellation zu interponiren, wo es ihm deshalb immer geſtattet bleibt, ſich an den Oberrichter zu wenden, oder auf ſonſtige Weiſe ſeine Abſicht öffentlich kund zu geben, z. B. durch Einlegung der Appellation bei einem andern Unterrichter [53]).

In welcher Form die Interpoſition des Rechtsmittels, nach Verſchiedenheit der, rückſichtlich der Zugänglichkeit der Gerichte und der Gelegenheit, auf andere Weiſe die Abſicht, von der Appellation Gebrauch machen zu wollen, ſich darſtellenden Umſtände, auch ſtatt finden mag; immer iſt aber nothwendig, daß die Abſicht, appelliren zu wollen, beſtimmt an den Tag gelegt, und daß, wenn es nur immer möglich iſt, in den Fällen, wo nicht coram iudice a quo, stante pede et viva voce, appellirt wird, die Interpoſition des Rechtsmittels ſchriftlich geſchieht [54]). So verordnet es ſchon die Notariatsordnung v. 1512. IV. §. 1. „.... Aber von einer endtlichen vrtail, daruon zu appellirn nit verpotten iſt, mag on außtruckung der vrſach, auch on ſchrifft, ſunder mit mundt, appellirt werden, wo das im fußſtapffen, nach öffnung der

53) Claproth ord. Proc. II. §. 352. Wenn freilich ohne Noth die Appellation nicht vor dem beſchwerenden Richter oder einem Notar und Zeugen, ſondern vor dem Oberrichter oder auf andere Weiſe interponirt würde, müßte ſie als wirkungslos angeſehen werden. Strube rechtl. Bed. II. 129. (Ausg. v. Spangenberg B. III. 749. S. 399.) Claproth ord. Proc. II. §. 352. iſt der Meinung, daß die Einwendung immer auch beim Oberrichter wirkſam geſchehen könne.

54) Lauterbach Coll. th. pract. P. III. L. 49. T. 4. §. 4.

vrtail, das iſt, eh dan zu andern ſachen begriffen wirt, geſchicht, vnd alſo, das ſolch Appellation darnach in ſchrifften verfaßt werde; aber wo das nit alßbald nach eröffnung der vrtail geſchehe, iſt not, ſolchs in ſchriften zu thun."

Auch muß nothwendig unter allen Umſtänden, wenn nicht mündlich von dem beſchwerenden Richter ſofort appellirt worden iſt, in welchem Falle die Worte: „ich appellire!" geſetzlich hinreichen, alles, was rückſichtlich des Inhalts der Interpoſition der Appellation vorgeſchrieben iſt, gewahrt werden: Insbeſondere kann eine bloße Proteſtation niemals die Stelle der Interpoſition der Appellation vertreten. Das römiſche Recht kennt eine ſolche für dieſes Verhältniß auch eigentlich nicht [55]), und wenn das canoniſche Recht von »in praesentia bonorum virorum *protestatione* super hoc proposita,« ſpricht, ſo fügt es doch ausdrücklich auch hinzu daß die Causae appellationis ausgedrückt werden müſſen [56]). Eine von dem beſchwerenden Richter ſelbſt eingelegte Proteſtation darf nicht als Einwendung einer Appellation betrachtet werden [57]).

Die gehörige Einwendung des Rechtsmittels bei dem beſchwerenden Richter ſelbſt iſt unter allen Umſtänden deshalb vorzuziehen, weil der Suspenſiveffect durch die Kenntniß des iudex a quo von der eingelegten Appellation bedingt iſt, und derſelbe deshalb jedenfalls von der, auf andere Weiſe bewirkten Interpoſition benachrichtigt werden muß. Auch eine Reihe anderer, das Appellationsverfahren einlei-

---

55) Die Aeußerung Bethmann-Holwegs im Handb. des Civilproc. Bonn 1834. B. I. §. 33. Note 27. S. 355. iſt auch wohl nicht ſo zu verſtehen.

56) Cap, 73. x. 2, 28.

57) J. Ludw. Schmidt D. de remedio suspensivo in provocatione, praesertim protestatione quaesito. Jen. 1766. Leyser Med. ad Pand. Spec. 655. Med. 81. Mevii Dec. VI. 281. Mehlen, üb. d. Appellation §. 70. Boehmer, J. E. P. II. 28. §. 27. Ulich, v. Appellationen. §. 230 — 232.

tender Handlungen ist auf die Voraussetzung, daß der iudex a quo Kenntniß von der Interposition hat, gebaut.

Rücksichtlich der schriftlichen Einwendung der Appellation hat schon das römische Recht vorgeschrieben, daß die Anzeige (Schedel, libelli appellatorii, schedula appellationis) enthalten solle: den Richter, von welchem, die appellirende Parthei, und die, gegen welche appellirt wird, so wie endlich die beschwerende Sentenz [58]). Doch war der Name des Appellaten, so wie der Grund oder der Punct des Urtheils, wegen dessen appellirt wird, nicht gerade wesentlich [59]). Außerdem kann es unter Umständen nöthig seyn, den höheren Richter, an welchen die Berufung gehen soll, anzugeben, nämlich dann, wenn mehrere höhere Richter concurrente Jurisdiction haben; ist die desfallsige Erklärung auch nicht zeitig nachgeholt, dann hängt es von dem Judex a quo ab, an welchen höheren competenten Richter er berichten will.

Nach älterm römischen Rechte hatte der Appellant ferner, bei Strafe des Ausschlusses, dafür zu sorgen, daß binnen fünf Tagen der beschwerende Richter ein an den Oberrichter gerichtetes Schreiben ausfertigte, worin die eingelegte Appellation bezeugt war, (litterae dimissoriae-apostoli) [60]); der Appellant mußte wenigstens wiederholt und dringend (instanter et saepius) darum bitten [61]). Das spätere Recht hob die Nothwendigkeit des Nachsuchens für die Appellanten auf, und verpflichtete dagegen den Richter, unaufgefordert, binnen dreißig Tagen die Apostel nebst Abschrift der Acten

---

58) Fr. 1. §. 4. D. 49, 1.

59) Fr. 3. 13. pr. D. 49, 1.

60) Pauli, S. R. V. 34. Fr. un. de. libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur.

61) Fr. un. §. 2. D. 49, 6. Der Worte „instanter et saepius“ brauchte man sich jedoch nicht, wie man oft behauptet, zu bedienen.

dem Appellanten einzuhändigen, oder den Schaden zu erſetzen und Strafe zu zahlen [62]). Das canoniſche Recht ſchärfte aber wiederholt, ohne Rückſicht auf das neuere römiſche Recht, nach der Anſicht des ältern, die Nothwendigkeit des Geſuchs um Apoſtel, wieder ein, anfänglich, wie es ſcheint blos bei Extrajudizialappellationen und Appellationen von Beiurtheilen [63]); ſpäter aber allgemein [64]); und führte für dieſes Geſuch ein Fatale, der Zeit nach mit der Vorſchrift des neuern römiſchen Rechts übereinſtimmend [65]), von dreißig Tagen, von der Urtheilsverkündigung an gerechnet, ein, deſſen Verſäumung die Deſertion der Appellation zur Folge hatte [66]). Dagegen ſoll es hinreichen, wenn der Appellant congruo loco et tempore *saepius* et instanter *uno contextu* bitte [67]).

Die Reichsgeſetzgebung ſtellte es dagegen wieder dem Appellanten durchaus frei „nach gethaner Appellation Apoſtolos zu bitten, oder nit.“ [68]). Gleichwohl befolgte die Praxis überall die Vorſchrift des canoniſchen Rechts [69]).

---

62) Const. 6. §. 6. Const. 24. 31. de appellat. 7, 62, Const. 61. 67. Cod. Theod. eod. Nov. 126. Cap. 3.

63) Innocent, IV. (1245). Cap. 1. de appell. in VI 2, 15. Dieſe Stelle ſpricht nämlich in ihrer ganzen Faſſung nur von Beiurtheilen und Extrajudizialappellationen, wie auch insbeſondere aus den Worten „*Causam* appellationis *in scriptis* assignare deproperet“ hervorgeht, und fügt hinzu: „Jis, quae in appellationibus *a definitivis* sententiis interpositis *antiquitas* statuit, *non mutatis*.“ Vergl. Decreti Pars II. Causa II. Q. VI. c. 24. 31.

64) Bonifacius VIII. (1298). Cap. 6. de appellat. in VI. 2, 15. Clemens V. (1312.) Clem. 2. eod. 2, 12.

65) Const. 24. de appellat 7, 62. „triginta dierum spatia ex die sententiae definita.“

66) Cap. 6. de appellat. in VI.

67) Clem. 2. cit.

68) E. G. O. v. 1555. II. 30. §. 1.

69) Belege dafür liefern alle Schriften älterer und neuerer Zeit.

Während die Reichsgeſetze das Geſuch um Apoſtel ganz in die Willkühr des Appellanten ſtellten, eigneten ſie in Bezug auf Verbindlichkeit der Mittheilung der Acten, ſich, freilich verändert, die Beſtimmung des römiſchen Rechts wieder an, wornach der beſchwerende Richter binnen dreißig Tagen, unter perſönlicher Verantwortlichkeit unaufgefordert die Acten an den Appellanten herausgeben ſoll [70]). Die C. G. O. v. 1555. II. 31. §. 1. verordnet nämlich:

„Es ſoll auch ferner, zu fürderung der Appellation Sachen, gleichwohl der Appellant ſchuldig ſeyn, es würden jme reuerential, refutatorii oder deren keins für Apoſteln geben, vnder den dreyſſig Tagen, nach beſchehener Appellation, bey dem oder den vorigen Richter oder Richtern, auch daß oder derſelben Gerichtsſchreibern vmb verfertigung der ergangen Gerichtshändel fleißig anzuſuchen, vnd dargegen ſicherung umb zimliche Belonung derſelben Acten zu thun; darauff auch der oder die Richter vnd jre Gerichtsſchreiber, jme die vnverzüglich zu verfertigen; vnd vmb zimliche belonung zu behändigen, ſchuldig vnd verbunden ſein; damit der Appellant zu außbringung vnd verkündung der Compulſorialbrieff nit verurſacht, ſonder zu fürderlicher außführung ſeiner Appellationſachen deſto beſſer ehe ſtatt geben werde, vnd ſich daß nit zu beklagen hab.“

Sodann iſt im J. R. A. feſtgeſetzt:

§. 61. „... Nichts deſto weniger ſoll der Appellant, bey Straff der Deſertion, gleich bey Verkündung ſeiner Ap-

---

70) Const. 24. 32. §. 2. De appell. 7. 62. Nov. 126. c. 3. „Quod si quis iudicum hoc facere supersederit, sententia quidem temporis decursu confirmabitur; ipse vero iudex, qui ista non observavit, quique huic aparent, omne damnum, quod per causam non editorum actorum litigator sustinuerit, ex propriis facultatibus ei resarcire compellentur, et denarum librarum auri poenam nostris inferendam rebus privatis persolvent.“

pellation, vnd vor Verflieſſung deren a die interpoſitae appellationis nachfolgender dreißig Tagen, vom Vnterrichter die acta priora zu requiriren, vnd, da ſie fertig werden, vmb die Gebühr außzulöſen, oder wenigſt ſolcher ſeiner requiſition beglaubten Schein, wormit die acta ſelbſten in primo termino zu produciren; Er der juder a quo aber zu der edition alſobald vnd vnerwartet der compulſorialen, gegen Verſicherung zimlicher Belohnung, die gebührende nothwendige Anſtalt zu machen, vnd die acta erſter Müglichkeit zu ediren ſchuldig ſeyn, oder wann einiger vorſetzlicher Vffzug hierin verſpürt würde, gegen denſelben vff die ..... Straff der 20 Marck lotigs Golts verfahren werden." [71])

Durch die Reichsgeſetze iſt die Friſt alſo für die Parthey ein Fatale geworden.

Wenn nun der iudex a quo die Appellation auch nicht annahm, wozu er in gewiſſen Fällen durch die Geſetze ausdrücklich angewieſen war [72]), ſo blieb er dennoch verpflichtet, an den Oberrichter Bericht zu erſtatten, und mit dem weiteren Verfahren ſo lange inne zu halten, bis der Oberrichter entſchieden hatte,

Fr. 6. de appellationibus recipiendis vel non. 49, 5.

„Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipi sacris constitutionibus, omnia in eodem statu esse, ne quicquam novari, etiam si contra fiscum appellatum sit. Eum quoque, qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare, et causam, pro qua non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere debere, mandatis cavetur." Fr. 1. pr. nihil innov. 49, 7.

pr. „Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil innovari oportet, si quidem fuerit

---

71) Vergl. noch §. 62 u. 63. des j. R. A.

72) Tit. Dig. de appellationibus recipiendis vel non. 49, 5. Cod. quorum appellationes non recipiuntur. 7, 65.

recepta appellatio, quia recepta est, si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio, an non sit.“ [73])

Das eigentliche Appellationsverfahren, und Ertheilung von Apoſtel, fand alſo, wenn der iudex a quo die Berufung gar nicht annahm, (appellatione non recepta) nach römiſchem Rechte nicht ſtatt [74]); dagegen verhinderte die Verſagung der Annahme der Appellation durch den Unterrichter auch die Parthei nicht, die Sache dennoch zu verfolgen, und Beſchwerde bei dem Oberrichter zu führen, wogegen alsdann der iudex a quo ſich berichtlich zu rechtfertigen hatte [75]). Wurde die Appellation alsdann vom Oberrichter für zuläſſig erklärt, dann traf den Unterrichter [76]); wurde ſie aber verworfen, den Appellanten eine Geldſtrafe [77]). Darum war es für den Unterrichter immer räthlich, die Appellation anzunehmen [78]).

Das canoniſche Recht verpflichtet dagegen den Unterrichter nicht nur dann, wenn er die Berufung annimmt, ſondern auch dann, wenn er ſie nicht annimmt, Apoſtel auszuſtellen. Zwar mogte dieſe Beſtimmung anfangs ſich nicht auf die Appellation von Definitivurtheilen und dieſen an

---

73) Fr. 1. §. 1. D. 49, 7. Fr. 6. §. 9. de iniusto, rupto, irrito facto testamento. 28, 3. Ueber die Veränderungen bei Appellationen an den Kaiſer ſeit Conſtantin ſ. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfaſſung u. Proceß des ſinkenden römiſchen Reichs. S. 361. f.

74) Heffter, Inſtitut. S. 407. Zimmern, röm. Rechtsgeſch. III. §. 171. S. 512.

75) Fr. 5. §. 6. de appellat. recip. Fr. 25. de appellat. Const. 16. 30. 67. Cod. Th. eod. Const. 19. 31. Cod. Just. eod. Const. 2. Cod. Just. 7, 67. Zimmern, a. a. O. S. 512. Note 16.

76) Const. 22. 25. 32. 33. 51. 59. 60. Cod. Th. l. c. Const. 21. 24. Cod. Just. eod.

77) Const. 19. Cod. Just. 7, 62.

78) Const. 42. Cod. Theod. de appell. „Probamus verecundiam iudicantis, si superfluam quoque recipiat provocationem.“

Kraft gleichen Beiurtheilen beziehen [79]), ſpäter aber galt die Vorſchrift jedenfalls allgemein [80]). Daß aber dennoch Apoſtel verſagt werden konnten, was aber für die Parthei keinen Nachtheil hatte, da ſie deſſenungeachtet das Rechtsmittel bei dem höheren Richter verfolgen, und der Unterrichter den Suspenſiveffect nicht verſagen konnte [81]), geht aus andern Stellen hervor [82]). Wenn der Richter in den Apoſteln erklärt: daß er die Appellation nur aus Achtung gegen den Oberrichter annehme, (in honorem iudicis superioris) ohne über den Grund oder Ungrund des Rechtsmittels ein Gutachten oder eine Beurtheilung auszuſprechen, dann nennt man die Apoſtel *reverentiales*; wenn er aber angiebt daß und aus welchen Gründen er die Appellation für verwerflich halte, nennt man ſie apostolos *refutatorios*. Theorie und Praxis haben theils nach Verſchiedenheit des Inhalts, theils nach der Form, noch mehrere Arten unterſchieden, nämlich: apostoli *dimissorii - Dimissoriales -* wenn der Unterrichter dem Appellationsrichter entweder blos anzeigt, daß er der Berufung deferirt habe, oder wenn er ſogar der Appellation das Wort redet. Dieſes letztere wird zwar ſelten, kann aber doch vorkommen, beſonders wenn es ſich um ein Urtheil handele, daß der die Apoſtel ausſtellende Richter nicht ſelbſt ge-

---

79) Cap. 1. de appellat. in VI. 2, 15. (Innocentius IV. 1245.) . . . Sancimus igitur, ut si quis in iudicio vel extra, *super interlocutoria, vel gravamine* ad nos duxerit appellandum, causam appellationis in scriptis assignare deproperet, petat Apostolos, quos ei praecipimus exhiberi; In quibus appellationis causam exprimat, *et cur appellatio non sit admissa*, vel si appellationi forsan ex superioris reverentia sit delatum ..... Jis, quae in appellationibus a definitivis sententiis interpositis antiquitas statuit, non mutatis."

80) Cap. 6. eod. in VI. (Bonifacius VIII. 1295.)

81) Außer wo Appellation geſetzlich verboten, oder das Decendium nicht eingehalten war. Cap. 3. §. 3. 5. in VI. 2, 15.

82) Cap. 4. cod. in VI. cf. Cap. 6. §. 1. eod. Clem. 2. §. 1 eod. 2, 12.

ſprochen hat, ſondern entweder von ſeinem Vorgänger im Amte gegeben, oder von auswärtigen Rechtsgelehrten eingeholt iſt; — apost. *restitutorii*, mittelſt deren der beſchwerende Richter das Gravamen widerruft. Dieſes ſind aber, wenn ſolche Verfügungen zuläſſig ſind [83]), keine Apoſtel; apost. *testimoniales*, wenn eine andere Behörde, als der gravirende Richter ein Zeugniß über die geſchehene Einwendung des Rechtsmittels ausſtellt, insbeſondere Notarien; apost. *conventionales*, wenn die Appellation mit Einwilligung beider Theile ergriffen iſt [84]); dieſe kann der gravirende Richter, der Appellat oder auch ein Notar ausſtellen.

Die deutſchen Reichsgeſetze unterſcheiden gleichfalls apost. reverentiales und refutatorios in dem angegebenen Sinne [85]).

Der Appellant hat nach dem Entwickelten ſonach bei dem iudex a quo drei beſondere Fatalien zu beobachten und beziehungsweiſe während derſelben drei beſondere Handlungen vorzunehmen, und drei beſondere Stücke von demſelben Richter zu erwarten. Die zu beobachtenden Fatalien ſind das zehntägige der Einwendung, daß dreißigtägige, (von der Urtheilsverkündigung an gerechnete) zum Nachſuchen der Apoſtel, und ein dreißigtägiges (von der Einwendung an gerechnet) zum Nachſuchen um Acteneinſendung. Dieſe drei Handlungen brauchen aber nicht einzeln ſondern ſie dürfen vereinigt vorgenommen werden. Wendet man bei einem Notar die Appellation ein, ſo wird zweckmäßig die Einwendung und das Geſuch um Apoſtel vereinigt, wendet man die Appellation beim Unterrichter ein, dann kann man gleichzeitig bei der Einwendung bitten: die Appellation zu geſtatten, die Apoſtel zu ertheilen, und die Acten an das Obergericht einzuſenden.

---

83) Linde, Handb. über d. Lehre von den Rechtsmitteln. §. 12. f. S. 31. f.

84) Cap. 44. x. de appellat. 2, 28.

85) C. G. O. v. 1521. XXIII. 1. XXIV. 3. v. 1523 IV. 1. 3. v. 1555. II. 30. §. 1.

Der Unterrichter hat dagegen ein gerichtliches Zeugniß über die Beobachtung der Fatalien, eine Erklärung über die interponirte Appellation, und endlich die Acten herauszugeben.

Da die Beurtheilung der Frage, ob die zur Verfolgung der Appellation nothwendig vorzunehmenden Handlungen den Geſetzen gemäß eingerichtet ſind, dem Erkenntniß des Oberrichters anheim fällt, das Material zu dieſer Beurtheilung aber aus den Gerichtsacten geſchöpft werden muß, ſo hat der Unterrichter dafür zu ſorgen, daß die desfalls weſentlichen thatſächlichen Verhältniſſe genau protocollirt werden. Das Zeugniß über die Einhaltung der Förmlichkeiten der Appellation kann unter dieſer Vorausſetzung in einem bloßen Protocollarextract der betreffenden Handlungen beſtehen. Auf keinen Fall ſoll es ein allgemeines Zeugniß ſeyn, denn dieſes könnte nur auf den Grund einer Beurtheilung der thatſächlichen und rechtlichen Verhältniſſe, die zur Dijudicatur des Oberrichters gehören, ausgeſtellt werden; eine ſolche Beurtheilung ſteht aber dem Unterrichter nicht zu. Hat dieſer aber kein Actenprotocoll führen laſſen, dann kann das Zeugniß über die Förmlichkeiten der Appellation nur beſtehen in dem angegriffenen Urtheil ſelbſt mit genauer Angabe des Datums und der Stunde der Publication, ſodann im documento ritae interpositae appellationis gleichfalls genaue Anzeige der Zeit nach Tag und Stunde, der Interpoſition, und der geſchehenen Actenrequiſition.

Die Erklärung, welche der Unterrichter über die eingewandte Appellation zu geben hat, beſteht darin, daß er ſeine Anſicht über die Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit der Appellation ausſpricht, nach der Kunſtſprache, daß er der Appellation deferirt oder nicht deferirt, und außerdem, daß er, wenn er dem Rechtsmittel den Suspenſiveffect für den concreten Fall nicht geſtatten laſſen will, deshalb motivirte Entſchließung faßt. Daß die Geſetze eine ſolche Erklärung von dem Unterrichter verlangen, wird man nicht, mit

Gönner, ſonderbar finden, wenn man erwägt, daß die Geſetze in einer Reihe von Fällen dem Unterrichter befohlen haben, die Appellation nicht anzunehmen, oder ihr keine Suspenſivkraft zu geſtatten. Damit nun die Partheien nach ergriffenem Rechtsmittel darüber bald Gewißheit erhielten, ob ihr Rechtsmittel von dem Unterrichter unter einen ſolchen Geſichtspunct geſtellt werde oder nicht, war es nothwendig, dem Richter eine beſtimmte Erklärung darüber zur Pflicht zu machen.

(Fortſetzung folgt).

II.

Beiträge zur Lehre von der freiwilligen Erſtreckung der Gerichtsbarkeit.

von

Herrn F. B. Buſch.

Regierungs- und Conſiſtorialrath zu Arnſtadt.

Unter diejenigen Lehren des Proceſſes, welche neuerer Zeit gar nicht erörtert, ſondern ſtiefmütterlich hintangeſetzt worden ſind, gehört unſtreitig die Lehre von den gewillkührten Gerichtsſtänden. Die trefflichen Lehrbücher von Martin und Linde, beſonders das Letztere, haben zwar die freiwillige Prorogation der Gerichtsbarkeit auf allgemeinere Grundſätze zurückgeführt; allein ausführlichere Forſchungen hierüber lagen außer ihrem planmäßigen Bereiche. Die in beiden ſorgfältig nachgetragene Literatur über die einzelnen Proceßmaterien beweiſ't in Bezug auf die jetzt zur Sprache gebrachte vollkommen, welch' ein langwieriger Waffenſtillſtand zwiſchen den hinſichtlich der Meinung ſo ver-